



Roj: **STS 2658/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:2658**

Id Cendoj: **28079130072012100268**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **26/03/2012**

Nº de Recurso: **57/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 2658/2012,**  
**ATS 6357/2012**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Marzo de dos mil doce.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº 57/2010, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN, representada por el Abogado del Estado, contra la sentencia nº 1620, dictada el 11 de noviembre de 2009 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, recaída en el recurso nº 2483/2006, sobre la inactividad de la Confederación Hidrográfica del Norte respecto a su escrito de oposición a la liquidación de la obra "Colector Interceptor General del río Nalón, tramo Las Caldas-Soto del Rey. Saneamiento del río Gafo. Terminación del saneamiento de la cuenca del río Nalón" y contra los acuerdos de la Confederación Hidrográfica del Norte (CHN) de 3 de diciembre de 2007 y 8 de febrero de 2008 por los que se comunica la aprobación de la liquidación de la obra de referencia y la declaración de un saldo favorable a la CHN resultante de la liquidación del **contrato** y que la dirección de la obra cifró en 2.286.278,94 €.

Se ha personado, como recurrida, la Unión Temporal de Empresas denominada CONSTRUCTORA HISPÁNICA, S.A. y GENERAL ASTURIANA DE OBRAS Y SERVICIOS, S.L. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982, de 26 de mayo, "UTE RÍO NALÓN", representada por el procurador don Javier Soto Fernández.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el recurso nº 2483/2006, seguido en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, el 11 de noviembre de 2009 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLO

(...) *la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Estimar, en parte, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil CONSTRUCTORA HISPÁNICA, S.A. Y GENERAL ASTURIANA DE OBRAS Y SERVICIOS S.L., U.T.E. RIO NALON, contra las resoluciones administrativas [a) inactividad de la CONFEDERACION HIDROGRAFICA DEL NORTE (CHN), respecto al escrito de oposición de la actora a la liquidación de la obra "COLECTOR INTERCEPTOR GENERAL DEL RIO NALON. TRAMO LAS CALDAS-SOTO DEL REY. SANEAMIENTO DEL RIO GAFO. TERMINACION DEL SANEAMIENTO DE LA CUENCA DEL RÍO NALON" y b) Acuerdos de la CHN, de fechas respectivas de 3 de diciembre de 2007 y 8 de febrero de 2008, por los que se comunica la aprobación de la liquidación de la obra de referencia y declaración de un saldo favorable a la CHN, resultante de la liquidación del **contrato**, a los que se ha ampliado el presente proceso] que se anulan y dejan sin efecto por ser contrarias a derecho, debiéndose retrotraer todo lo actuado al momento anterior de haberse dictado la Resolución de fecha 7 de diciembre de*



2005 dictada por la Confederación Hidrográfica del Norte, sin que sean estimados los restantes pedimentos de la parte actora y sin que proceda un especial pronunciamiento sobre las costas".

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia preparó recurso de casación el Abogado del Estado, que la Sala de Oviedo tuvo por preparado por providencia de 30 de noviembre de 2009, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Por escrito registrado el 8 de febrero de 2010, el Abogado del Estado, en la representación y defensa que legalmente ostenta, interpuso el recurso anunciado y, después de exponer el motivo que estimó pertinente, solicitó a la Sala que en su día dicte sentencia por la que

**" SE ESTIME este recurso, CASE Y ANULE LA SENTENCIA RECURRIDA procediéndose a dictar nueva sentencia que DECLARE LA CONFORMIDAD A DERECHO de las liquidaciones de obras de la CHN de 3 de diciembre de 2007 y 8 de febrero; DECLARÁNDOSE al propio tiempo que no existió inactividad imputable a la CHN "**.

**CUARTO.-** Admitido a trámite, se remitieron las actuaciones a la Sección Sexta y, por providencia de 10 de mayo de 2010, se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formalizara su oposición.

**QUINTO.-** Evacuando el traslado conferido, el procurador don Javier Soto Fernández, en representación de UTE RÍO NALÓN, se opuso al recurso por escrito presentado el 24 de junio de 2010 en el que pidió a la Sala que

**"(...) dicte en su día Sentencia por la que, con estimación de los motivos de oposición expuestos en el presente escrito, se acuerde desestimar el recurso de casación interpuesto, confirmándose la resolución recurrida, y condenando expresamente a la parte recurrente a las costas causadas en este recurso".**

**SEXTO.-** De conformidad con las vigentes normas de reparto de asuntos, ultimada la tramitación, se remitieron las actuaciones a esta Sección Séptima y, mediante providencia de 13 de febrero de 2012, se señaló para la votación y fallo el día 21 de los corrientes, en que han tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Pablo Lucas Murillo de la Cueva**, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La sentencia objeto del recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado se dictó en el recurso presentado por Constructora Hispánica, S.A. y General Asturiana de Obras y Servicios, S.L., Unión Temporal de Empresas Río Nalón (UTE RÍO NALÓN), contra la inactividad de la Confederación Hidrográfica del Norte (CHN) respecto a su escrito de oposición a la liquidación de la obra "Colector Interceptor General del río Nalón, tramo Las Caldas-Soto del Rey. Saneamiento del río Gafo. Terminación del saneamiento de la cuenca del río Nalón" y contra los acuerdos de la CHN de 3 de diciembre de 2007 y 8 de febrero de 2008 por los que se comunica la aprobación de la liquidación de la obra de referencia y la declaración de un saldo favorable a la CHN resultante de la liquidación del **contrato**.

La actora pretendía la anulación de la actividad administrativa impugnada y, considerando que tenía derecho a la resolución del **contrato** por haberse producido un retraso en la obra superior a ocho meses por causas imputables a la Administración, reclamaba en concepto de liquidación una cantidad que, conforme al informe pericial de parte, ascendía a 3.691.985,58 €, o la que estableció el perito designado judicialmente: 2.225.556,28 €. En la demanda sostenía que había caducado el expediente de determinación del saldo de liquidación de la obra, para lo que se apoyó en el artículo 172 del Real Decreto 1098/2001, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de **Contratos** de las Administraciones Públicas. Asimismo, alegaba que la liquidación aprobada era nula de pleno Derecho porque se aprobó sin respetar el procedimiento establecido al efecto por ese precepto. Además, sostenía que se incurrió en error en su cálculo. Por otro lado, la demanda afirmaba que se había vulnerado el principio de riesgo y ventura del contratista y que la Administración había experimentado un enriquecimiento injusto. Las alegaciones sobre la vulneración de la doctrina de los actos propios y sobre el anatocismo legal completaban los argumentos de la demanda.

La Sala de Oviedo estimó en parte el recurso, anuló las actuaciones impugnadas y dispuso la retroacción del procedimiento al momento anterior a dictarse la resolución de 7 de diciembre de 2005 mediante la que se resolvió el **contrato**. Falló de este modo porque en la sentencia anterior, de 19 de diciembre de 2008, dictada en el recurso 783/2006, anuló esa resolución por entender que, antes de resolver el **contrato**, debía ser solicitado dictamen al Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma y que, al no haberse pedido, se infringieron los artículos 59.3 a), 149 y 151 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprobó el texto refundido de la Ley de **Contratos** de las Administraciones Públicas. En consecuencia, ordenó la retroacción del procedimiento administrativo para que se recabara ese informe y se decidiera después. Como quiera que la liquidación trae causa de la decisión sobre el **contrato**, la sentencia explica de este modo su fallo:



"Así las cosas y visto que una de las alegaciones de la parte actora (...) es la concurrencia en el presente caso de los mismos vicios, la consecuencia es que, sin analizar las demás cuestiones planteadas, estos vicios, como ocurrió en el pleito antecedente, se constituyen en motivo suficiente para anular los actos recurridos, atendiendo así al segundo pedimento de la parte actora, retro trayendo las actuaciones al momento anterior a dictarse la resolución que resolvió el **contrato** a fin de que se requiera en forma al Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma, ya que a partir de esas nuevas actuaciones administrativas y finalizado en forma legal el procedimiento, es cuando se podrá entrar a conocer, si ello fuera preciso, de las demás cuestiones planteadas y pedimentos consecuentes de la parte recurrente".

**SEGUNDO.**- El escrito de interposición dirige un único motivo de casación contra esta sentencia. Al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción sostiene que infringe los artículos 59.3 a), 146.1 , 149.1 e) y 151 del Real Decreto Legislativo 2/2000 y los artículos 109.1 d ) y 171 del Reglamento General de **Contratos** de las Administraciones Públicas y 22.11 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado .

Explica el Abogado del Estado que la sentencia, siguiendo la precedente en la que se apoya, parte de la vinculación entre la liquidación y la resolución del **contrato** de forma que la anulación de esta última comporta la de la primera. Dice el motivo que, aisladamente considerado, el artículo 172 del Reglamento General de **Contratos** de las Administraciones Públicas parece dar la razón a la sentencia impugnada. No obstante, los hechos concurrentes, prosigue, permiten poner en cuestión ese criterio. Se refiere el Abogado del Estado a que, integrándolos conforme al artículo 88.3 de la Ley de la Jurisdicción , se comprueba que UTE RÍO NALÓN, por escrito de 2 de agosto de 2005, se opuso a la propuesta del segundo modificado de la obra y pidió la resolución del **contrato** por causa no imputable al contratista, bien por la suspensión de las obras por más de ocho meses, bien por modificación del **contrato** en más del 20% del precio y con abono, en cualquiera de los casos, del beneficio industrial dejado de percibir y de la indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Por tanto, subraya el Abogado del Estado, la causa de resolución del **contrato** fue la del artículo 149.1 e) del Real Decreto Legislativo 2/2000 y habiendo consentido el contratista la resolución, procede practicar la liquidación sin que sea preceptivo el dictamen del Consejo de Estado pues los preceptos aplicables, los que el motivo considera infringidos, solamente lo exigen cuando haya oposición por parte del contratista. Y, si la resolución del **contrato** no incurrió en el vicio formal apreciado por la Sala de Oviedo, "tampoco puede existir dicho vicio de nulidad en las liquidaciones de la obra (...) efecto económico de la resolución (...) pero con autonomía de procedimiento y contenido". En todo caso, el Abogado del Estado entiende que no es correcta esa vinculación que la sentencia establece a partir del artículo 172 del Reglamento General de **Contratos** de las Administraciones Públicas , pues el procedimiento de la liquidación y las alegaciones procedentes sobre la misma son diferentes de los correspondientes a la resolución del **contrato**. Tienen una sustantividad propia.

En consecuencia, nos pide que anulemos la sentencia y que, "al estar tramitado el proceso de instancia en su plenitud con demanda, contestación, prueba y conclusiones", ratificándose en lo dicho entonces por la Abogacía del Estado, dictemos sentencia confirmando la legalidad de las liquidaciones del **contrato**.

**TERCERO** .- UTE RÍO NALÓN se ha opuesto a este motivo y nos pide que desestimemos el recurso de casación y confirmemos "el impecable fallo judicial". No obstante, "para el hipotético y remoto supuesto de que se atiende el Recurso de casación e, igualmente, se atiende la petición de resolución sobre el fondo de la cuestión planteada, (...) con ratificación de lo dicho en la instancia, suplica que se estimen las pretensiones formuladas en el escrito de demanda ampliada y, en todo caso, se valore de forma concreta e individualizada la prueba practicada en autos de la instancia, consistente en el dictamen pericial emitido por el perito designado judicialmente, D. Juan Manuel , respecto de la liquidación de la obra de referencia, efectuando un examen de fondo de acuerdo con la reglas de la sana crítica".

**CUARTO.**- Nuestra sentencia de 9 de enero de 2012 estimó el recurso de casación nº 1523/2009 , interpuesto por el Abogado del Estado contra la de la Sala de Oviedo de 19 de diciembre de 2008 dictada en el recurso 783/2006 . Es decir, contra la que sirve a la ahora controvertida para pronunciarse en el sentido conocido. Sentencia que hemos anulado fallando, en su lugar, que procedía la resolución del **contrato** y la devolución a UTE RÍO NALÓN de las garantías presentadas en su día.

Interesa recoger los fundamentos en los que descansa nuestro juicio:

"**QUINTO.**- *Expuestas las tesis contrapuestas de las partes en esta casación, debemos afirmar como punto de partida que la Administración indica que la Sentencia de instancia confunde dos conceptos diferentes, como son la resolución del **contrato** y la liquidación que se tenga que practicar a resultas de la misma, y añade que no pueda compatibilizarse la oposición a la resolución con el hecho de que la resolución tenga lugar, precisamente, a instancia del contratista, que es lo que sucedió en el caso de autos. Y concluye destacando que prueba de ello es que en la propia demanda se dedujera una pretensión resolutoria del **contrato**.*



En opinión del Abogado del Estado esta confusión determina que la sentencia recurrida haya infringido los preceptos que cita, puesto que anula la resolución recurrida en la instancia, por la omisión del dictamen preceptivo de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, cuando éste únicamente procede cuando existe oposición a la resolución.

La Sentencia de instancia en su fundamento de derecho quinto indica que "(...) lo primero a tener en cuenta es que la Resolución combatida por la que se acordó la resolución del **contrato** no es conforme con la pretensión del contratista sobre tal resolución, pues en su escrito solicitaba en ambos supuestos, como ya ha quedado expuesto, la indemnización de daños y perjuicios sufridos por la suspensión de las obras y el pago del beneficio industrial dejado de percibir por el resto de la obra no ejecutada, lo que demuestra que el recurrente se opone a la resolución con el contenido que se ha dado por la Administración".

Debemos indicar que efectivamente la Sentencia de instancia, ha confundido, al no distinguirlos correctamente, la resolución del **contrato** administrativo, con los efectos que derivan de la resolución como es la liquidación.

La Administración declara la resolución del **contrato** si concurre alguna de las causas previstas en el artículo 111 y en el artículo 149 del TRLCAP. El expediente para la resolución del **contrato**, según dispone el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de **Contratos** de las Administraciones Públicas, en la redacción vigente al tiempo de dictarse la resolución recurrida, puede iniciarse: de oficio por la Administración, y en tal caso se deberá dar audiencia por plazo de 10 días naturales al contratista, para que muestre su conformidad o disconformidad con la resolución del **contrato**; o a instancia del propio contratista, como fue el caso. Es en esta fase donde puede operar la oposición a la resolución del **contrato** por parte del contratista, y en tal supuesto será necesaria ex artículo 59.3º a) del citado texto el preceptivo informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. En el caso de autos la resolución fue a instancia del propio contratista; por lo que no había oposición a la resolución del **contrato**.

En resolución aparte, resolución que puede ser sucesiva o simultánea (si las obras deben ser continuadas por otro contratista o por la Administración), se determinan los efectos que derivan de su resolución según dispone el artículo 151 de la TRLCAP. La oposición del recurrente en la instancia venía referida a los efectos de la resolución del **contrato**, siendo así que la parte había interpuesto el correspondiente recurso contra la liquidación definitiva del **contrato** efectuada por la Administración, dando lugar al Recurso Contencioso-administrativo que se seguía ante la Sala de Instancia con el nº 2483/2006. Procede por tanto estimar el recurso de casación, al haber interpretado y aplicado incorrectamente la Sentencia de instancia los artículos 59.3º,a) y 149 y 151 de TRLCAP.

SEXO.- La estimación del citado motivo comporta haber lugar al recurso de casación, por lo que nos corresponde seguidamente resolver sobre el objeto del proceso en los precisos términos en que había sido planteado en la instancia, ex artículo 95.2.d) de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En primer lugar, alegaba el contratista que la resolución del **contrato** era nula de pleno derecho, al haberse omitido el informe preceptivo del Consejo de Estado al amparo del artículo 59.3º de la LCAP, informe que no se considera necesario por las razones expuestas en el fundamento de derecho anterior.

SÉPTIMO.- En segundo lugar, siguiendo un orden distinto al propuesto por el recurrente en la instancia, debemos analizar por qué causa debió resolverse el **contrato**.

La UTE RÍO NALÓN solicitó de la Administración en el escrito de fecha 2 de agosto de 2005 (documento nº 161 del Expediente Administrativo) la resolución del **contrato** por causas no imputables al contratista, solicitando en primer término la resolución al amparo de la letra c) del artículo 149 de la LCAP, relativo a la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses, y en segundo lugar al amparo de la letra d) del artículo 149 de la LCAP, relativo a modificación del proyecto inicial en un porcentaje superior al 20%.

El acuerdo de la Confederación Hidrográfica del Norte (CHN) de fecha 7 de diciembre de 2005 resolvió el **contrato** de construcción de colector interceptor general del Río Nalón, tramo Las Caldas-Soto del Rey, saneamiento del Río Gafo, terminación del saneamiento de la cuenta del Río Nalón, TT. MM de Oviedo y Ribera de Arriba (Asturias), al concurrir la causa de la letra d), sin motivar o explicar por qué entendía que no concurría la causa de la letra c), siendo así que dicha cuestión no era irrelevante, pues determinaba el derecho del contratista a percibir una mayor indemnización.

Obra acreditada en las actuaciones la paralización de las obras desde el mes de agosto de 2004, certificación nº 22 a certificación nº 28 por importe de cero euros, sin que a partir de dicha fecha se emitieran mas certificaciones de obra. Además en la contestación a la demanda el Abogado del Estado no niega que existiera esa paralización de obras imputable a la Administración, es en fase de conclusiones, cuando indica que la paralización de las obras era imputable al contratista.



La paralización de las obras imputable al contratista es también causa de resolución del **contrato**, y conforme al artículo 113 Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de **Contratos** de las Administraciones Públicas, determina que sea el contratista el que deba indemnizar a la Administración. La propia Administración, al dictar la resolución recurrida, aceptó y reconoció que no existían causas de resolución del **contrato** imputables al contratista, por lo que no puede la Administración en fase de conclusiones pretender que las causas de resolución son imputables al contratista.

En el **contrato** de autos existían dos causas de resolución, que producían efectos económicos distintos, la paralización de las obras por período superior a ocho meses y la modificación del proyecto inicial en un porcentaje superior al 20%. La primera causa de resolución en el tiempo fue la paralización de las obras, por lo que debió de aplicarse de manera preferente la causa que se hubiera producido primero desde el punto de vista cronológico, por lo que procede estimar la anterior alegación.

OCTAVO.- Seguidamente debemos tener en cuenta que, como alega el recurrente en la instancia, el acuerdo de la Confederación Hidrográfica del Norte (CHN) de fecha 7 de diciembre de 2005 dispuso que con carácter de urgencia se iniciara la contratación de las obras con otro empresario, por lo que conforme al artículo 172.3º de Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, la liquidación de las obras, que comprende la constatación y medición de las obras ya realizadas que sean de recibo y la fijación de los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista, debió de notificarse al contratista al mismo tiempo que el acuerdo de resolución.

La razón de ser de que la notificación de la liquidación al contratista sea conjunta a la notificación de la resolución del **contrato**, en los casos en que la obra sea continuada por otro contratista o por la propia Administración, reside en la dificultad que entrañaría a posteriori determinar quién ha realizado las obras.

La Administración no practicó ni notificó conjuntamente la liquidación de las obras al contratista con la resolución del **contrato** por lo que incurrió en infracción del artículo 172.3º del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

NOVENO.- Por último debemos convenir con el contratista recurrente en la instancia que, conforme a lo dispuesto en el artículo 113.5º de la LCAP, el acuerdo de resolución del **contrato** debería contener pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida, y que, según dispone el artículo 44 de la LCAP, la garantía debería ser cancelada cuando el **contrato** sea resuelto sin culpa del contratista, por lo que las tres infracciones citadas constituyen vicios de anulabilidad previstos en el artículo 63 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de **Contratos** de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 63.1º de la Ley 30/1992, al que se remite el primer precepto citado. Se impone así la estimación del recurso contencioso-administrativo promovido en la instancia".

**QUINTO.-** La consecuencia inevitable que se desprende de nuestra sentencia de 9 de enero de 2012 es la estimación del recurso de casación del Abogado del Estado pues, no existiendo en la resolución del **contrato** el defecto formal apreciado en la instancia, mal puede afectar a la liquidación. Así, pues, la sentencia recurrida deber ser anulada.

Por lo demás, en la decisión ulterior que es menester adoptar sobre el recurso contencioso-administrativo, dado que, además de exigirla el artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción, la solicitan expresamente las partes, será necesario partir de los presupuestos que hemos sentado en la indicada sentencia. A saber, la procedencia de la resolución del **contrato** por causa imputable a la Administración, en concreto por la suspensión por más de ocho meses de las obras a ella debida, lo cual comporta, conforme al artículo 151.4 del Real Decreto Legislativo 2/2000, el derecho de UTE RÍO NALÓN a percibir al 6% de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, así como a ser indemnizada por los daños y perjuicios que esa resolución le haya causado. Se impone, pues, la anulación de la actuación administrativa correspondiente a la liquidación, objeto del recurso contencioso-administrativo y procede entrar en el examen de las pruebas, en especial del dictamen pericial aportado en los autos, para determinar el importe a que debe ascender tanto ese beneficio industrial cuanto los daños y perjuicios que reclama UTE RÍO NALÓN.

**SEXTO.-** La recurrente en la instancia pretendía ser resarcida con 3.691.985,58 € por ser esa la cantidad establecida por don Fausto en el informe pericial que acompañó a la demanda o, subsidiariamente, con 2.225.556,28 € cifra a la que asciende la calculada por don Juan Manuel, ingeniero de caminos, canales y puertos, perito designado, por insaculación, por la Sala de Oviedo.

Este último desglosa esa cantidad del siguiente modo:

#### **CONCEPTO IMPORTE**

Obra ejecutada y no contemplada en la liquidación de la Administración

292.371,87 €



Gastos soportados por la UTE a petición de la Dirección Facultativa de la CHN

156.410,32 €

Gastos soportados por la paralización del túnel 12.862,86 €

Incremento de costes indirectos 1.017.777,97 €

Incremento de gastos generales 385.428,22 €

Lucro cesante 360.705,04 €

TOTAL 2.225.556,28 €

En su escrito de conclusiones el Abogado del Estado cuestiona la imparcialidad del perito por haber tenido en el pasado reciente relación con la CHN a través de una empresa que llevó a cabo obras en la cuenca "las cuales sufrieron, como casi todos los **contratos** de obra, coyunturas y contratiempos (...) que pueden haber incidido en la emisión de la pericial". Asimismo, destaca el Abogado del Estado que el Sr. Juan Manuel mantuvo en 1989, mediante una empresa interpuesta, una relación de cuatro meses con la Oficina de Saneamiento (Departamento de Colectores y Conducciones) de Asturias de la CHN hasta que fue sustituido por el actual Jefe del Área.

A este respecto, hemos de decir que la Ley de Enjuiciamiento Civil regula en sus artículos 124 y siguientes la abstención y la recusación de los peritos designados judicialmente y que la Administración no recusó al Sr. Juan Manuel en el momento previsto al efecto, ni alegó haber tenido conocimiento de las circunstancias que menciona en su escrito de conclusiones con posterioridad a los plazos establecidos por el artículo 125 de aquél texto legal. Ha sido una vez emitido su dictamen cuando ha dudado de su imparcialidad. Estas circunstancias privan de valor a las afirmaciones del Abogado del Estado. Por otro lado, hemos de dejar constancia de que no hizo uso de la posibilidad de recabar del perito aclaraciones o explicaciones sobre su informe que le ofreció la diligencia de ordenación de 22 de mayo de 2009.

**SÉPTIMO.-** Llegados a este punto, es menester examinar el dictamen pericial y las objeciones que el Abogado del Estado le hace en los extremos reflejados en el cuadro antes reproducido.

*Sobre las obras ejecutadas y no contempladas en la liquidación de la Administración* dice que el perito no demuestra que se ejecutaran obras no previstas en el proyecto ni que hubiera exceso en la medición de las unidades de obra ejecutadas. No obstante, el dictamen se apoya en este punto en el de don Fausto si bien corrige la revisión de precios realizada por éste. Frente a ello el Abogado del Estado, fuera de negar que existieran, invoca el artículo 155 del Reglamento General de **Contratos** de las Administraciones Públicas a propósito de las obras, y de los eventuales excesos de medición dice que, de haberse producido, al ser inferiores al 10% del presupuesto, estarían incluidos en la liquidación del **contrato**.

A juicio de la Sala, este último argumento no es válido porque el límite del 10% lo fija el artículo 160 del Real Decreto 1098/2001, no para excluir su retribución sino, justamente, para lo contrario. De otro lado, su artículo 155 no ofrece argumentos para el caso y, de todos modos, el escrito de conclusiones del representante de la Administración no aporta razones concretas que sustenten su oposición frente a las aducidas por el perito con apoyo en el anterior informe del Sr. Fausto. Por tanto, hemos de estar en este punto al dictamen pericial emitido en autos.

**OCTAVO.-** *Sobre los gastos soportados por la UTE RÍO NALÓN a requerimiento de la Dirección Facultativa* dice el Abogado del Estado que el perito no los justifica aunque sí constan en el cuadro aportado por aquélla y que no deben ser de cuenta de la Administración pues, siendo gastos reales, se integran en los generales y en los costes indirectos de la obra y se retribuyen mediante porcentajes que, por esos conceptos, cargan las unidades de obra y el presupuesto del proyecto.

Admitida su realidad, se trata de establecer si deben ser satisfechos de forma específica por la Administración o si han de considerarse incluidos en los conceptos indicados por el Abogado del Estado. El dictamen se refiere a los costes de la redacción de proyectos, con sus visados, informes y copias, a los de seguridad y salud, a la realización de un video (109.623,16 €) y a la utilización de teléfonos y automóviles (22.488,78 €), si bien respecto de estos últimos, así como a propósito de los de material topográfico e informático (5.824,31 €), entiende que no cabe imputarlos a la Dirección Facultativa.

Pues bien, la naturaleza de las actividades a las que se vinculan los gastos reclamados nos llevan a la conclusión de que han de considerarse retribuidas en la forma indicada por el Abogado del Estado. En consecuencia, la UTE recurrente no tiene derecho a los 156.410,32 € computados por el perito.



**NOVENO.-** *Sobre los gastos soportados por la paralización del túnel* el perito descarta, por no encontrarlos justificados, los que por importe de 504.844,08 € reclamaba la UTE RÍO NALÓN si bien acepta los relativos a la retirada de equipos, cifrados en 9.015,18 € que, incluido el IVA, suponen 12.862,86 €. Para el Abogado del Estado, la cantidad reclamada coincide con una partida prevista en el **contrato** de la actora con un subcontratista en la que se pagaba a 3,94 €/m<sup>3</sup> más IVA la excavación en roca pero, nos dice, ese gasto estaba compensado por la cantidad recibida por la UTE RÍO NALÓN por tal excavación: 8,64 €/m<sup>3</sup>. Además, recuerda el Abogado del Estado que en la retribución de las unidades ejecutadas ya se comprende la retirada de equipos. De nuevo, debemos coincidir con el Abogado del Estado por las mismas razones que expone en sus conclusiones, con la consecuencia de excluir, también, estos gastos.

**DÉCIMO.-** *Sobre los costes indirectos*, los debidos a los gastos de personal propio y todos los necesarios para ejecutar la obra que no están asociados a una unidad en particular, el perito explica que es correcto el procedimiento seguido por la UTE RÍO NALÓN y por el Sr. Fausto para calcular su importe de manera que, valorando la obra ejecutada en 5.047.040,77 €, IVA incluido (cifra total de cobro de la contrata), le deduce el impuesto, repone la baja de adjudicación, deduce los gastos generales y el 6% de beneficio industrial y así llega a la cantidad de 4.261.636,12 € en que cifra la ejecución material y, a partir de ella, calcula los costes indirectos compensados en 255.698,17 € y como los totales soportados por la UTE RÍO NALÓN según el Libro Diario en el período a considerar son de 767.271,53 €, concluye que ascienden a 511.573,36 € (767.271,53 € - 255.698,17 €), importe al que se añade el sobre coste no compensado originado a partir del 24 de junio de 2004 que establece a partir de los libros contables en 506.204,61 € por lo que el total de costes indirectos no compensados lo sitúa en 1.017.777,97 € (511.573,36 € + 506.204,61 €).

El Abogado del Estado tacha de absurdo el razonamiento del perito porque conduce a situar los costes indirectos en un porcentaje próximo al 90% del coste directo –parte al respecto de que éste alcanza 2.658.644,72 €– y, además, se aparta del criterio habitual de valorarlos en el 6% de aquél. Añade que no hay manera de comprobar los cálculos que hace porque no se dispone de los libros contables ni tampoco se puede saber si los costes en cuestión han tenido como fin la ejecución de la obra.

Tiene razón el Abogado del Estado cuando afirma que no se ha acreditado que los gastos calculados del modo indicado han tenido todos como objeto la ejecución de esta obra. Por tanto, no cabe acoger ese cálculo y, como quiera que el representante de la Administración acepta el 6% de los costes directos, a ese importe habrá que estar pero aplicándolo al valor de ejecución material fijado en el dictamen: 4.261.636,12 €. Es decir, 255.698,17 €.

**UNDÉCIMO.-** *Sobre los gastos generales en el período de suspensión*, que el dictamen fija en 385.428,22 €, se aparta del parecer del Sr. Fausto, quien se atuvo al criterio del Consejo de Obras Públicas y cifró la indemnización en el 3,5%: 45.410,58 € en el período de ejecución y 22.671,09 € en el de paralización, en total 68.081,67 €. En efecto, los eleva al 5,5% en atención a que la UTE RÍO NALÓN siguió soportando los costes de los avales, los costes financieros y "alguna tasa". Diferencia, pues, el Sr. Juan Manuel el período que comienza el 23 de junio de 2004 y se extiende por diecinueve meses y medio del que arranca el 24 de junio de 2004 y llega al 3 de julio de 2006. Para el primero aplica el 3,5% y para el segundo el 5,5%. De este modo, a cada período corresponderían 60.785,34 € y 324.642,88 €, respectivamente.

Sucede, sin embargo, que esos mismos gastos que para el perito justifican el incremento en dos puntos del porcentaje aplicado por el Sr. Fausto para el período de suspensión también tuvieron que producirse durante el período anterior. De ahí que no consideremos justificado ese incremento y aceptemos el criterio del Sr. Fausto.

**DUODÉCIMO.-** *Sobre el lucro cesante* el dictamen del Sr. Juan Manuel, si bien coincide en el planteamiento efectuado tanto por la UTE RÍO NALÓN como por el Sr. Fausto, se aparta de ellos en el cálculo por incluir el proyecto de terminación, ya que entiende que se corresponde con la obra dejada de ejecutar. Dado que el presupuesto de éste era de 9.997.894,79 € y el de ejecución material (resultado de aplicar el coeficiente de baja ofrecido por la contratista) 6.011.750,58 €, el 6% equivale a 360.705,04 € frente a los 97.539,66 € establecidos por el perito de la recurrente y a los 81.333,89 € reclamados en su día por la actora.

El Abogado del Estado rechaza el enfoque seguido por el perito porque, de un lado, el proyecto de terminación fue contratado por un importe inferior y, de otro, porque contempla actuaciones no comprendidas en el proyecto de la recurrente las cuales, además, se encuadran en un marco diferente.

Como quiera que, efectivamente, el proyecto de terminación, aunque comprenda actuaciones solicitadas en su día por la UTE RÍO NALÓN, se inscribe en una relación contractual distinta y no se identifica o coincide plenamente con el adjudicado a la actora, no compartimos el criterio del dictamen del Sr. Juan Manuel y tampoco el cálculo del Sr. Fausto. Por el contrario, consideramos que debemos estar aquí a lo pedido por la recurrente a la Administración, es decir a los 81.333,89 € que reclamó en su escrito de 31 de enero de 2006.



**DÉCIMOTERCERO.-** Procede, por tanto, estimar en parte el recurso contencioso-administrativo y anular la actuación de la CHN contra la que se dirige. Asimismo, procede reconocer a la UTE RÍO NALÓN el derecho a que la liquidación del **contrato** de obra a que se refiere este proceso se acomode a cuanto hemos señalado respecto de cada uno de los conceptos desglosados, lo que supone:

#### CONCEPTO IMPORTE

Obra ejecutada y no contemplada en la liquidación de la Administración

292.371,87 €

Incremento de costes indirectos 255.698,17 €

Incremento de gastos generales 68.081,63 €

Lucro cesante 81.333,89 €

TOTAL 697.485,59 €

En fin, ha de reconocérsele a UTE RÍO NALÓN el derecho a percibir los intereses correspondientes desde la fecha de la presentación del recurso contencioso-administrativo.

**DÉCIMOCUARTO.-** A tenor de lo establecido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no hacemos imposición de costas en la instancia debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

#### FALLAMOS

1º Que ha lugar al recurso de casación nº 57/2010, interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia nº 1620, dictada el 11 de noviembre de 2009, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que anulamos.

2º Que estimamos en parte el recurso 2483/2006, interpuesto por Constructora Hispánica, S.A. y General Asturiana de Obras y Servicios, S.L., Unión Temporal de Empresas Río Nalón, contra la inactividad de la Confederación Hidrográfica del Norte respecto a su escrito de oposición a la liquidación de la obra "Colector Interceptor General del río Nalón, tramo Las Caldas-Soto del Rey. Saneamiento del río Gafo. Terminación del saneamiento de la cuenca del río Nalón" y contra los acuerdos de la Confederación Hidrográfica del Norte de 3 de diciembre de 2007 y 8 de febrero de 2008 por los que se comunica la aprobación de la liquidación de la obra de referencia y la declaración de un saldo favorable a la Confederación Hidrográfica del Norte resultante de la liquidación del **contrato**, anulamos la actuación administrativa impugnada y reconocemos el derecho de las entidades recurrentes a que la liquidación del **contrato** se ajuste a lo señalado en el fundamento décimocuarto.

3º Que no hacemos imposición de costas en la instancia debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.